

© **Cadernos de Dereito Actual** Nº 1 (2013), pp. 63-70 · ISSN 2340-860X

O DELITO DE DOPAXE NO DEREITO ESPAÑOL

MARÍA CASTRO CORREDOIRA

Licenciada en Dereito

Estudiante do Máster en Dº das Administracións e Institucións Públicas

Universidade Santiago de Compostela

Resumo

A dopaxe defínese coma unha pluralidade de prácticas, como a inxerencia de certas substancias ou o emprego de métodos prohibidos que atentan contra o xogo limpo e o espírito deportivo. O presente artigo trata de dar unha visión da regulación penal actual da dopaxe no ordeamento xurídico español e as discusións doutrinais que se plantexan en relación ao mesmo.

Palabras chave

Doping, harmonización, principio ne bis in idem

Abstract

Doping can be defined like a plurality of practices, which consist in the intake of certain substances or the use of forbidden methods, which contravene fair play and sportivity. This paper tries to review the Spanish legal framework about this matter and the different doctrinal tendencies which are being held at the moment.

Key words

Doping. Harmonize. Ne bis in idem principle.

Introdución.

O denominado “doping” consiste en certas prácticas polas que se somete ós individuos a tratamentos que modifican, dun xeito artificial, as capacidades naturais da persoa, de forma que potencian e melloran un rendemento específico no desenvolvemento de certas actividades deportivas, como consecuencia do cal a persoa pode chegar a situacións de estrés e incluso sufrir

riscos inherentes á inxerencia de certas substancias, debido ós efectos secundarios que poden producir. Con este tipo de prácticas búscase alterar a situación de igualdade de concorrncia ás competicións deportivas.

A dopaxe preséntase, na actualidade, coma un dos maiores problemas xurdidos en torno á actividade deportiva, pois o emprego de certas substancias e métodos prohibidos nas competicións deportivas supón unha vulneración directa do espírito deportivo¹ e, en consecuencia, da pureza deportiva e dos principais valores que instaura o deporte na sociedade, entre os que destaca a protección da saúde do deportista².

A crecente importancia desta eiva para a sociedade provocou a reacción por parte dos Estados, que mediante a coordinación e cooperación internacionais, buscan a harmonización nesta materia, para que, así, todos actúen no marco dunhas directrices comúns. Non obstante, a erradicación deste problema non se limita soamente á cooperación internacional, senón que os Estados van máis alá e xa legislan a nivel interno sobre dita materia. Deste xeito, os Estados desenvolven políticas tendentes á prevención e, no seu caso, represión da dopaxe, sobre a base da protección do principio de xogo limpo³.

Os distintos ordenamentos xurídicos estatais difiren á hora de sancionar as condutas dos deportistas relacionadas con esta materia, pois algúns elevan as condutas máis graves á categoría penal, mentres que outros confórmanse cunha configuración administrativa sancionadora en prol do principio de intervención mínima do dereito penal. Esta diversidade obedece, fundamentalmente, ás distintas tendencias e modelos xurídicos dos distintos Estados. Se a isto engadimos que a Convención Internacional contra a Dopaxe no Deporte firmada en París o 19 de outubro de 2005 non esixe ós Estados que as medidas que adoiten teñan reflexo penal, e que non existe unha Directiva que obrigue ós Estados Membros a reprimir penalmente as prácticas de dopaxe (como sucede por exemplo coa Directiva 91/308, de 10 de xuño, sobre branqueo de capitais, en particular procedentes do tráfico de drogas), o resultado é atopar unha amálgama de

¹ Carta Olímpica do Comité Olímpico Internacional.

² Código Mundial Antidopaxe (no que se acollen outros valores: o xogo limpo e a honestidade; a saúde; a excelencia no exercicio; o desenvolvemento da personalidade e a educación; a diversión e o xogo; o traballo en equipo; o sacrificio e o compromiso; o respecto polas regras e as leis; o respecto a un mesmo e ós outros participantes, a coraxe e o espírito de grupo e a solidariedade).

³ Vid. Rodríguez García, J., *Dopaje en el deporte*, 2ª ed., Alfa Delta Digital SL, Valencia, 2012, p.33.

normativas de diversa índole. Neste sentido, Roldán Barbero opina que “dada a heteroxeneidade actual de modelos xurídicos, a tarefa pendente é a creación e aprobación dunha Directiva que resolva definitivamente esta cuestión optando por un sistema xurídico unificado: sexa este de natureza penal ou ben de natureza administrativa⁴.

-O delito de dopaxe no Código Penal de 1995: consideracións xerais.

No caso do ordenamento xurídico español, o crecente empeño dos poderes públicos por lograr un deporte limpo de dopaxe e a preservación da saúde pública materializouse na Lei Orgánica 7/2006, de 21 de novembro, de Protección da Saúde e de Loita contra a Dopaxe no deporte, que engadiu ó réxime de infraccións administrativas unha infracción de natureza penal. Esta novidosa incorporación dun ámbito de tutela penal da saúde pública ás actividades relacionadas coa dopaxe no deporte supuxo un salto cualitativo na concepción xurídica da que até ese momento gozaba a dopaxe, pois esta Lei Orgánica introduciu, a través do seu artigo 44, un tipo específico de represión penal deste tipo de prácticas entre os delitos contra a saúde pública⁵. Trátase dun novo artigo 361 bis que se incorpora á Lei Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal, coa seguinte redacción:

“1. Os que, sen xustificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, subministren, administren, ofrezan ou faciliten a deportistas federados non competitivos, deportistas non federados que practiquen deporte por recreo, ou deportistas que participen en competicións organizadas en España por entidades deportivas, substancias ou grupos farmacolóxicos prohibidos, así como métodos non regulamentarios, destinados a aumentar as súas capacidades físicas ou a modificar os resultados das competicións, que polo seu contido, reiteración da inxestión ou outras circunstancias conconcorrentes, poñan en perigo a vida ou a saúde dos mesmos, serán castigados coas penas de prisión de seis meses a dous anos, multa de seis a dezoito meses e inhabilitación especial para emprego ou cargo público, profesión ou oficio, de dous a cinco anos.

⁴ Vid. Roldán Barbero, H., La creación política de una nueva delincuencia: el uso del doping en el deporte”, en Arroyo Zapatero, L. A. (coord.), Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam”, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2001, p. 563 a 566.

⁵ Exposición de Motivos da Lei Orgánica 7/2006, de 21 de novembro, de protección da saúde e loita contra a dopaxe no deporte.

2. Imporanse as penas previstas no apartado anterior na súa metade superior cando o delito se perpetre concorrendo algunha das circunstancias seguintes:

-1ª Que a vítima sexa menor de idade.

-2ª Que se teña empregado engano ou intimidación.

-3ª Que o responsábel se teña prevalido dunha relación de superioridade laboral ou profesional”.

Esta reforma do Código Penal puxo fin á impunidade da que até entón gozaban as prácticas de dopaxe, pois o novo precepto pretende garantir e protexer a saúde pública fronte á ameaza que supón a comercialización sen garantía ou control algún, de produtos prexudiciais para a saúde, para o cal centra a súa atención en castigar ó entorno do deportista.

O fundamento para a incriminación desde tipo de prácticas obedece, en esencia, a dos factores: por un lado, atopámonos ante un elenco de condutas que van unidas á nocividade de substancias e produtos dopantes de xeito intrínseco. Por outro lado, este delito intima de xeito claro e directo cun ámbito específico de creación do risco, como é a competición deportiva. O delito configúrase coma un tipo penal doloso encamiñado á consecución de dous obxectivos que concorren de maneira alternativa: por unha parte estaría a intención de modificar as capacidades físicas naturais do individuo e, por outra, modificar os resultados da competición deportiva.⁶

Con esta regulación penal lógrase a configuración dun sistema dual de represión da dopaxe, dende unha perspectiva penal e administrativa, reservándose ó ámbito penal o castigo das condutas máis graves, sendo estas as que poñan en perigo a saúde do deportista. Nesta liña podemos salientar que nos atopamos ante un delito de perigo xeral ou abstracto, concreto en tanto que se trata de evitar a morte ou enfermidade dos deportistas⁷. É, polo tanto, apreciábel en grao de tentativa⁸. Porén, esta posibilidade redúcese ó caso de que a tentativa sexa acabada, xa que, ó

⁶ Vid. Muñoz Conde, F., Derecho Penal. Parte especial, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p.613.

⁷ Auto nº128/2010 da Sección 5ª da Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de enero de 2010, e tamén Auto do Xulgado de Instrucción nº 31 de Madrid de 8 de marzo de 2007.

⁸ Vid. Álvarez García, F.J. (coord.), Derecho Penal Español. Parte Especial (II), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 1236 a 1238.

tratarse dun delito de mera actividade, non se pode apreciar tentativa inacabada. Este sistema dual relaciónase co respecto ó principio *ne bis in idem*⁹.

En canto ó marco xurídico penal concreto do delito de dopaxe, o artigo 361 bis CP tipifica, obxectivamente, acción múltiples e alternativas. Algunhas das accións típicas (vgr. Prescribir ou dispensar) recollidas no precepto asócianse, de xeito específico, a certas condicións profesionais (médicos e farmacéuticos principalmente)¹⁰. Esta apreciación resulta interesante á hora de falar do suxeito activo que, en principio, e a excepción do xa dito, podería ser calquera, se ben é certo que, xeralmente, será alguén do persoal de apoio ós deportistas¹¹. Sen embargo, o suxeito pasivo circunscríbese, soamente, ó conxunto de deportistas federados non competitivos, deportistas non federados que practiquen o deporte por recreo e deportistas que participen en competicións organizadas en España por entidades deportivas.

Cuestión aparte é a relativa ó obxecto material do delito, no que se inclúen: substancias, grupos farmacolóxicos e métodos non regulamentarios, elementos todos eles que xogan o mesmo papel neste xénero de condutas, cal é o de aumentar as capacidades físicas dos deportistas ou cambiar os resultados da competición deportiva. Constitúen polo tanto un elemento normativo do tipo¹², e para a súa indentificación hai que atender ó disposto no Anexo I da xa mencionada Convención Internacional da Dopaxe no Deporte, que contén unha listaxe detallada de substancias e métodos prohibidos. A pesar disto, o Anexo II da mesma expón unha serie de normas para a concesión de autorizacións para o uso de ditas substancias e métodos con fins terapéuticos. A efectos penais, esta disposición goza dunha especial relevancia á hora de determinar a ilicitude dunha conduta, pois a falta de xustificación terapéutica é presuposto necesario para cualificar unha conduta como ilícita, pero non é suficiente para determinar a ilicitude da mesma, xa que se require, ademais, que o emprego destas substancias ou métodos teña por obxecto provocar alteracións, ben das capacidades individuais, ou ben dos resultados da competición. A este respecto, é importante salientar a diferenza entre tratamentos médicos e

⁹ Art. 23 LO 7/2007, no que se prohíbe expresamente o *bis in ídem* cando os feitos teñan sido sancionados penalmente e exista identidade do suxeito, os feitos e os fundamentos.

¹⁰ Vid. Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 612.

¹¹ Art. 2.5 da Convención Internacional da dopaxe no deporte define como persoal de apoio ós deportistas: adestradores, instructores, directores deportivos, axentes, persoal do equipo, persoal médico ou paramédico que traballe con deportistas ou trate a deportistas que participen en competicións deportivas ou se preparen para elas.

¹² Vid. Lamarca Pérez, C. (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Colex, Madrid, 2011, p. 526.

autorizacións para uso terapéutico, pois os tratamentos son prescritos por médicos e poden ser anteriores ou posteriores ás autorizacións de uso terapéutico. Deste xeito, a autorización debe solicitarse nos casos nos que un tratamento médico destinado a recobrar a saúde é imprescindible a prescrición de substancias prohibidas¹³.

Por outro lado, en canto ó tipo, o básico é o que aparece recollido no 361.bis.1 CP. Non existen modalidades leves tipificadas como falta, pero si atopamos algún tipo agravado, por exemplo no 361.bis.2 CP, cando concorre algunha das circunstancias establecidas no mesmo. Ademais, o artigo 362.2 CP prevé, a maiores, outro tipo agravado para o suposto no que os feitos sexan cometidos por farmacéuticos ou por directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados en cuxo nome ou representación actúen. En tódolos casos contéplase un tipo especial impropio cando o autor dos feitos sexa empresario, intermediario no sector financeiro, traballador social, docente ou educador, facultativo ou funcionario público, no exercicio do seu cargo, profesión ou oficio, ou autoridade ou axente da mesma, en exercicio do seu cargo.

Algunhas cuestións problemáticas acerca do delito de dopaxe do 361 bis CP.

Dende a súa configuración a partires da Lei Orgánica 7/2006, de 21 de novembro, de Protección da Saúde e de Loita contra a Dopaxe no deporte, a tipificación do delito de dopaxe non estivo exenta de críticas doutriniais.

En primeiro termo, suscitouse entre a doutrina a dúbida de si era necesaria a intervención penal nesta materia e se, en concreto, era necesaria a creación dun tipo específico. Neste sentido, Cortes Bechiarelli, ó igual que a doutrina maioritaria, entende que é lexítima esta tipificación penal¹⁴, sen prexuízo de que algúns expertos cuestionen, aspectos parciais ou determinados defectos técnicos¹⁵.

Outra cuestión refírese á situación sistemática do delito de dopaxe no Código Penal, pois hai autores, como Alicia Rodríguez Núñez, que entenden que este delito debería estar situado a

¹³ Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje.

¹⁴ Vid. Cortes Bechiarelli, E., Delito de dopaje, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.57.

¹⁵ Vid. Álvarez Vizcaya, M., Salud o deporte ¿qué pretende tutelar el derecho penal?, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº47, 2008, p.5.

continuación do artigo 362 CP, en base a que o delito de dopaxe goza dunhas características mixtas entre a protección dos consumidores e o uso ilegal dos medicamentos.

A determinación de cal debe ser o ben xurídico protexido é un dos temas centrais sometido a debate doutrinal. Formúlase se o ben xurídico protexido debe ser a saúde no deporte, ou si se debe encamiñar cara a protección da lealdade na competición deportiva como ámbito específico de creación do risco, como xa tivemos ocasión de sinalar¹⁶. Estudosos da materia, como Luis Roca Agapito, seguen a tendencia maioritaria, defendendo así que o ben xurídico protexido debe ser o que é: a saúde na práctica do deporte¹⁷. Algúns, como Antoni Gili Pascual, afirman incluso que a pureza deportiva, a lealdade no marco do deporte, non é merecedora, per se, de tutela penal¹⁸. Rey Huidobro vai máis alá, defendendo que a intervención penal nesta materia debería ser moito máis profunda, e chegar incluso a regular condutas coma o autodopaxe¹⁹. Sen embargo, Paz de la Cuesta Aguado afirma que certamente non é axeitada a introdución deste tipo específico, salvo no caso de observalo dende una óptica de protección da “saúde dos deportistas” como ben xurídico individual²⁰.

De acordo coa posición maioritaria de que o ben xurídico sexa a saúde dun grupo de persoas, atopámonos ante un ben colectivo, superior polo tanto ós bens individuais, polo que non é posíbel apreciar causas de xustificación. A pesar disto, si se poden apreciar o resto de circunstancias eximentes do artigo 20 CP, así como as circunstancias modificativas de responsabilidade dos artigos 21 e 22 CP.

Outro problema, vinculado ó anterior, refírese á autoría e participación. Antes da creación do delito do 361 bis CP, o consentimento do deportista, como suxeito pasivo, era relevante a efectos da contribución á comisión do delito do 361 CP. Dita singularidade relativa á contribución do suxeito pasivo á comisión do delito tal vez motivara ao lexislador a regular o

¹⁶ Sentenza do Xulgado do Penal nº21 de Madrid de 29 de abril de 2013.

¹⁷ Vid. Roca Agapito, L., Los nuevos delitos relacionados con el dopaje, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 9-8, 2007, p.41.

¹⁸ Vid. Gili Pascual, A., La tipificación penal del fraude en competiciones deportivas. Problemas técnicos y aplicativos, Revista de Derecho Penal y Criminología, nº8, 2012, p.13.

¹⁹ Vid. Rey Huidobro, L.F., Repercusiones penales del dopaje deportivo, Revista Jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música, nº16, 2006, p.108.

²⁰ Vid. Álvarez García, F.J. (coord.), Derecho Penal Español. Parte Especial (II), cit., p. 1235.

delito de dopaxe nun tipo especial, xa que o habitual no 361 CP era que o destinatario da substancia descoñecera a súa composición e efectos concretos²¹.

As intervencións procesuais na persecución do delito de dopaxe.

A pesar de que o que se sanciona penalmente son as condutas que non requiren que a substancia se inxerira ou que o método se empregara, a praxe xudicial pon de manifesto que en ocasións acórdanse dilixencias de investigación (vgr. Consistentes na obtención de extraccións para análise de mostras biolóxicas, de ouriños ou de sangue, así como o acceso a información integradas en bases de datos, intervencións das comunicación e rexistros domiciliarios), para cuxa realización procúrase o consentimento persoal, aínda que en ocasións poida chegar a realizarse sen o mesmo²².

Xurde entón a cuestión da lexitimación de ditas intervencións por formular si se está violando a esfera do dereito á intimidade e datos persoais. Acudindo ó artigo 21 da Lei Orgánica 3/2013, de 20 de xuño, regulador da responsabilidade do deportista, parece que o precepto lexitima as intervencións do proceso penal por impor ós deportistas una conduta activa na loita contra a dopaxe. Porén, non se pode trasladar dita norma ó ámbito penal, mais o certo é que o xuíz, no marco do proceso penal referido a un delito de dopaxe, si se atopa lexitimado para acceder ás bases de datos a que se refire a normativa administrativa antidopaxe, sen prexuízo de que en ocasións estas medidas poidan restrinxir o dereito á intimidade e os datos persoais, sempre con respecto do principio de proporcionalidade.

En conclusión, o xuíz, no marco do proceso penal, poderá acordar este tipo de intervencións aínda que as mesmas supoñan unha limitación ós dereitos citados, sempre e cando se garantan tres factores: a necesariedade, o dereito a un proceso con tódalas garantías e o respecto ao principio de proporcionalidade, polo que cómpre extremar as precaucións á hora de empregar estes cauces, para evitar medidas desproporcionadas, innecesarias e inxustificadas²³.

²¹ Sentenza do Xulgado do Penal nº21 de Madrid de 29 de abril de 2013.

²² Vid. Doval Pais, A., Sánchez-Moradela, N., Dopaje, Intimidad y Datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales, Iustel, Madrid, 2010, p.99.

²³ Sentenza de 7 de outubro de 2013 do Tribunal Constitucional; tamén STC 54/1996, de 26 de marzo; STC 49/1999, de 5 de abril; e STC 96/2012, de 7 de mayo.